DISSERTATIO INAVGVRALIS IVRIDICA,

DE

IVRE MVLIERVM QVIBVS EXPRESSA HYPOTHECA A MARITO CONSTITVTA EST,

NOSTRIS:

Daß die Weiber, wenn sie wegen ihres eingebrachten Gutes genugsam gesichert seyn wollen, vom Manne ein ausdrücklich Unterpfand haben müssen.

QVAM

PRAESIDE

DN. CONR. WILH. STRECKERO,

ICTO,

FACVLT. IVR. ET IVDICII ELECTOR. PROVINCIALIS ASSESS. PROF. COD. P. O. ET DECANO, NEC NON CIVIT. SYND. ET CONSVLE PRIMAR.

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES DOCTORALIA MORE MAIORVM CAPESSENDI,

DIE XVI. SEPT. ANN. MDCCXXXVII.

ERVDITORVM DISQVISITIONI EXPOSVIT

IO. CHRISTOPHORVS ANDORF,

NVMBVRGENSIS.

FRANCOF. ET LIPSIAE, CIϽ IϽ CCLIV.





I. N. D. N. I. C.

§. I.



Bona mulierum triplicis generis ſunt: Vel dotalia, vel paraphernalia vel receptitia. Ratione omnium diverſis juribus gaudent. Dotis traditæ fit dominus revocabilis maritus, ita ut ſi in rebus fungibilibus conſiſtat, eandem quantum ad corpora irrevocabiliter acquirat, ſub obligatione tamen vel eadem ipſa vel eorum æſtimationem finito matrimonio reſtituendi. Sin vero in non-fungibilibus conſiſtit revocabile ejus dominium acquirit *L. 42. ff. de jure dot. L. 9. C. de R. V. L. 25. ff. de uſufr. leg.* Uxor tamen dominium naturale retinet, ita ut in bonis ejus manere cenſeatur dos *L. 4. ff. de collat. L. 30. C. de jure dot.* Unde etiam

iam ubi de præjudicio mariti agitur, v. g. bey Vermögen-Steuern, inter bona mariti non computatur à *L. 21. 54. ff. ad munic.* neque periculum dotis regulariter sustinet à *L. 12. §. 9. C. de R. ux. Act.*

§. II. Uxor vero propter dotem sequentibus munita est juribus, nempe jure retentionis in bonis mariti *arg. l. 29. C. de jure dot.*; tacita hypotheca, & prælatione, vi cujus jure Romano tam intuitu ipsius dotis, quam augmenti ejus præfertur omnibus creditoribus hypothecariis anterioribus simplicibus, expressam aut tacitam hypothecam habentibus. Jure autem Saxonico communi, tantum tacitam hypothecam anteriorem habentibus. *L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. Const. El. 24. P. II.* quod privilegium incipit à tempore copulæ Sacerdotalis in Saxonia, aut existentis augmenti dotis, & locum habet etiamsi sciens marito debitis obærato nupserit, vi *Dec. El. 6.* si res dotales adhuc in natura extant easdem vindicare potest imo usuræ dotis non restitutæ vice alimentorum cum sorte in una classe collocantur. Denique in ipso feudo, ratione dotis in subsidium tacitæ hypothecæ & retentionis jure fruitur, per *Ord. Pr. vet. Tit. XLV. §. 11. 12.*

§. III. Intuitu bonorum paraphernalium,

quæ

quæ uxor præter dotem marito intulit ejusque administrationi commisit, & quorum fructus, inprimis si uxor dotem non habeat, in usus suos convertere potest. HULDER. ab EYBEN. *de Jure paraphernal.* §.31.32. in securitatem uxorum jus tacitæ hypothecæ tam de jure communi civili quam Saxonico antiquo, sed sine prælatione iisdem datum est. *L. f. C. de pact. conv.* At incipit hoc jus, non sicut in dote ex tempore copulæ Sacerdotalis, sed ex tempore illationis, CARPZOV. *P.2.c.24.def.3.*

§. IV. Propter bona receptitia, quæ uxor ad maritum non infert, sed sibi quoad proprietatem usumfructum & administrationem reservat, nullo privilegio utitur, sed si à marito dilapidata sunt, simplicibus ac communibus creditoribus tantum annumeratur & videntur potius consumta à marito eidem mutuo data ORD. PR. SAX. *Tit. XLIII.* §. 2. *verb.* Da sie aber. ubi tamen sponte quilibet intelliget, quod si ea omnia in custodia mariti fuerint, & adhuc extent, uxor easdem sicut paraphernalia & dotalia bona vindicare possit, quia hæc actio omnibus dominis quorum res extant orto concursu datur, ergo nec uxores deterioris conditionis esse debent quam quilibet extraneus tertius creditor, conf. DN. BERGERI *differt. de*

 discri-

discrimine bonorum uxoris, qui omnia hactenus exposita ulterius deduxit.

§. V. In Saxonia tamen Electorali per *Ord. Proc. Rec.* hæc jura mulierum quodam modo restricta sunt, quandoquidem iisdem non modo jus prælationis, ratione dotis, ademtum *ad Tit. XLIII.* §. Setzen und ordnen. Sed etiam tam ratione ejusdem quam paraphernalium bonorum jus tacitæ hypothecæ sublatum ad *Tit. XLV. 54.* verb.: Insonderheit soll denen Eheweibern weder respectu paraphernalium noch respectu dotis dergleichen ferner zustehen, sondern dieselben, wenn sie sich nicht durch eine ausdrückliche gerichtliche special hypothec prospiciret, sich einiges Pfand- oder Vorzugs-Recht vor andern Gläubigern in keine Wege anzumassen haben. Equidem tacitæ hypothecæ per varia postea promulgata specialia Mandata Potentissimi, inprimis *d. d. 24. Sept. 1734.* prolongatæ sunt vel deficiente alia noviore lege etiam mulieribus adjudicari imposterum in concursibus creditorum maritorum illata jure tacitæ hypothecæ queunt. Attamen incertum est, quamdiu hoc jus sit duraturum, cum non restitutæ sed saltem prorogatæ sint.

§. VI. Optime ergo sibi prospiciunt fœmi-

A næ,

næ, quæ vel ante consummationem matrimonii vel durante eodem eo adigunt maritos, ut expressam constituant ratione illatorum hypothecam. Quod enim cogi ad hoc possint mariti, etiamsi de eo nihil ab initio convenerit, maxime si non sunt possessionati, & metus dilapidationis imminet certissimum est. *c.7.X.de don.int.vir. & ux.* multisque præjudiciis tam in consistoriis incidenter, quam coram foro seculari, non obstante hac prolongatione tacitarum hypothecarum satis confirmari posset.

§. VII. Constitui ergo de jure uxoris, cui expressa hypotheca ratione illatorum constituta est, hic agere, & præcipuas huc pertinentes quæstiones attingere. Occasionem dedit huic themati casus non vulgaris omnino, qui in hunc usque diem coram concredita meæ directioni Præfectura *Illustris Comitis de* HOYM, *domini mei gratiosi*, Drugsigensi inter H. T. & N. J. ventilatur, & in quo jamjam diversimode responsum est. Qui cum ad decisionem eorum, quæ in subsequentibus attingam apprime faciat, eundem breviter præmittam: Inierat scilicet quidam maritus cum conjuge sua pacta dotalia, quibus confitebatur eandem sibi summam 85. florenorum Misenensium intulisse, & in hanc sum-

summam, nec non ob donationem propter nuptias, quam tamen non hac appellatione insignive-rat, sed einen Auszug appellaverat, nec non in securitatem vaccæ, cum vitulo, insimul promissæ, eidem hypotheca expressa prædium suum obligaverat. Postea is maritus suum fundum uxori oppignoratum alienaverat, his tamen conditionibus, ut uxor partem quartam pretii emptionis deductis debitis, & partem quartam fructuum quotannis acciperet, quæ reservata uxori etiam per aliquod tempus fuerunt exsoluta, ea vero mortua ex pactis dotalibus frater ejus contra tertium possessorem pertinentiarum quarundum ejus prædii agebat, & jus hypothecæ prosequebatur.

§. VIII. Peracta probatione & reprobatione sequebatur ab *Illustri Ordine JCtorum Lipsiensium*, Mense Octobris superioris anni, sententia, hujus tenoris: Daß Kläger dasjenige, so ihme zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, zur Nothdurfft erwiesen, derowegen Beklagter das verpfändete Grund-Stück, so lange, bis Kläger wegen 85. fl., so dessen verstorbene Schwester, Maria Schmidin, ihrem Ehemanne, Christian Schmiden, zugebracht, desgleichen die in der Ehestifftung verschriebenen 25. fl., nebst dem Interesse

esse moræ von Zeit der erhobenen Klage, auch einer Kuh und Kalbe, vollkommen befriediget, abzutreten und einzuräumen schuldig. Additis rationibus: Dieweil Kläger durch die bey dem Beweise inducirten Documente, und zwar aus der zwischen Christian Schmieden und dessen Eheweib Anno 1694. aufgerichteten Ehestifftung sub A. fol. 19. seq. daß die letztern auf dem Fall, wenn er vor ihr versterben möchte, ihr eingebrachtes Erbe, soviel er würcklich davon zu seinen Händen bekommen, welches, daß es 85. fl. betragen, ex Docum. sub C. erscheinet, aus seinem Guth zu Stoltzenhahn nicht alleine wieder erlangen, sondern ihr auch noch darüber 25. fl. wie auch eine Kuh und Kalb, so sie zu ihm gebracht, ihr gefolget werden solle, darneben er zu ihrer Sicherheit sein sämmtliches Vermögen, in specie aber sein Guth zu Stoltzenhahn, welches er von Hannß Oerteln erkauffet, mit Obrigkeitlichem Consense, zum ausdrücklichen Unterpfande eingesetzet, weiter aus dem Docum. sub D. und E. daß zu sothanen Oertelischen Guthe, die in dem II. Beweiß-Articul specificirten Grund-Stücke gehöret, und Anno 1682. Schmid überkommen, folglich Anno 1694. mit verhypotheciret, solche

aber Beklagter in dem Anno 1726. getroffenen Kauffe sub B. überkommen, dargethan. Darwider Beklagter vermittelst des angetretenen Gegen-Beweises fol. 43. seq. nichts ausgeführet, in Betrachtung der Vorwand, als besitze er die verpfändeten Stücke nicht, per Docum. & deposit. testium genugsam elidiret, und wenn gleich per modum permutationis das verpfändete Guth getrennet, und ein und anderes davon an Michael Mähsen, und so weiter an andere, gediehen, dennoch unläugbar, und von Beklagten im 13. Gegen-Beweiß Artic. selbst angeführet, j. resp. test. ad art. reprob. 11. seq. fol. 69. daß er davon gewisse Felder, Holtz und Wiesen possidire, dahero wider ihn, als tertium possessorem, die actio hypothecaria um so viel mehr fundiret, weilen die hypothecaria individua, und das gantze Guth, nebst Zugehörungen, zur Versicherung eingesetzet, darneben auf die Exceptionem excussionis & ordinis um deswillen kein Absehen zu richten, weilen eines theils selbige bey einer hypotheca fundi specialiter oppignorati cessiret, andern Theils Beklagter nicht einmahl beygebracht, noch seine articulos reprobatoriales darauf gerichtet, daß des verstorbenen Schmids hinterlassene Erben in

dem

dem Stande, daß Kläger sich an selbigen zu erholen vermöge, wie denn auch die in dem 20. und folgenden Beweiß-Articul vorgegebene tacita remissio und Schenckung ungegründet, und so wenig ex sola taciturnitate zu vermuthen, als von Gegentheilen erweißlich gemachet, und deswegen eine ausdrückliche Erklärung und Renunciation erfolgen müssen; Ferner Klägers verstorbenen Schwester der Schmidin eher nicht, als post mortem mariti, so vor 4. Jahren erfolget, ein Jus agendi erwachsen, folglich das tempus præscriptionis davon, nicht aber ab actu oppignorationis zu computiren. Im übrigen Kläger die über den 29. 30. 38. 39. 40. 41. 42. und 44. Gegen-Beweiß-Articul deferirten Eyd fol. 95. würcklich abgeschworen, und die darinne enthaltene Exceptiones abgelehnet, dahero zwar wider Beklagten eine Condemnatoria zu sprechen.

§. IX. Interposita vero Leuteratione, Inclyta *Facultas VVitebergensis* favebat reo, eundemque Mense Decembr. superioris anni prorsus absolvebat ab actione, sequentibus ex rationibus: Dieweil 1) Christian Schmidt seiner Frauen nur sein Güthlein zu Stoltzenhahn fol. 20. verpfändet, 2) dessen vornehmstes Stück aber an Be-

Klagten niemahlen gekommen/ sondern durch obgedachten Schmieden an andere vertauschet worden/ hingegen 3) daß die von Schmieden zurück behaltene und dem Beklagten überlassene Felder wahrhaffte Pertinentien solchen Güthgens/ und darzu in perpetuum geschlagen gewesen/ nicht beygebracht ist/ vielmehr 4) das Widerspiel aus der absonderlichen Vertauschung des Güthgens/ und Schlagung derer Felder zu dem ertauschten Guthe fol. 68. b./ erhellet/ zudem 5) die verstorbene Schmiedin/ nach ihres Mannes Tode/ dasjenige/ was ihr in dem von Beklagten mit ihrem Ehemanne getroffenen Contracte verschrieben worden/ angenommen/ und genossen/ demnach solchen Contract facto ipso genehm gehalten/ das ihrenthalben darinnen abgehandelte acceptiret/ und sich derer Ansprüche/ wenn sie dergleichen darwider machen können/ begeben/ allenfalls 6) Kläger/ da Beklagter das eigentlich verschriebene Haupt-Guth nicht besitzet/ vor allen Dingen des Verkauffers Erben/ imgleichen 7) den Besitzer des Haupt-Guths excutiren müste/ wenigstens 8) Beklagtem die Compensation auf die Begräbnüß-Kosten/ welche Kläger fol. 93. zugestehet/ und nur das Quantum in Zweiffel ziehet/ nicht gäntzlich abgeschnitten/ sondern diesfalls ein Quantum ex officio gesetzet werden sollen. So ist nach Inhalt Unsers Urthels billig erkannt worden.

§. X. Rem ipsam quod attinet, dispositum quidem in ORD. PROC. SAX. *Recogn. ad Tit. XLIV.* §. *1.* nullam generalem hypothecam aut extrajudicialem,

cialem, quæ alias conventionalis dicitur, contra tertium possessorem, aut in concursibus creditorum ullius effectus esse. Constat etiam hypothecam generalem, si quis certam rem semel elegerit, non præjudicare reliquis creditoribus in speciali hypotheca MEVIUS *P. II. Dec. 285.* & eum, qui generalem simul habet cum speciali, prius specialem excutere debere, antequam generali utatur *L. 2. C. de pignor.* Verum, quemadmodum hypotheca extrajudicialis extra concursum contra ipsum debitorem hodienum adhuc effectus suos exerit, ita & generalem hypothecam in re speciali constituere licet, i. e. non opus est, ut summa indicetur, ob quam quis hypothecam uxori in re certa constituat, sed ita generaliter dici potest: velle quenquam uxori suæ ratione omnium, quæ jam intulerit, aut adhuc illatura sit, ædes vel fundum certum hypothecæ nexu supponere: Cujus is est effectus, ut res certa oppignorata, tamdiu in nexu maneat, donec de omnibus sit satisfactum. Ita in allegato præjudicio, etiam ratione vaccæ & vituli, cujus nulla certa æstimatio est, pignoris jus adjudicarunt actori *Lipsienses JCti.*

§. XI. Afficit ejusmodi specialis expressa hypotheca in securitatem dotis constituta, tam ip-

 sum

ſum fundum oppignoratum, quam pertinentias ejusdem, quia pertinentiæ ſemper fundum ſequuntur, licet non nominatæ, & pro parte rei ſint MEVIUS *Part. II. Dec. 196. L. 47. 48. 78. pr. ff. de contr. emt.* Talesque pertinentiæ præſumuntur in dubio omnia adjacentia, & quae olim ab eodem domino unacum alio fundo poſſeſſa ſunt *L. 13. §. f. ff. de Act. Emt.* MENOCH. *Præſ. L. III. Pr. 99. num. 10.* aut quae uno pretio emta *L. 91. §. f. ff. de legat. 3.* Ergo non intereſt, an in perpetuum quidam agri fundo principali fuerint conſociati, ſed ſufficit proximum poſſeſſorem easdem cum illo una poſſediſſe, nec apparere contrarium, & quod ſeparati fuerint, ſiquidem hypotheca ſpecialis durat, licet res in aliam formam mutata ſit *L. 16. §. 2. ff. de pignor.* Aliam tamen ſententiam amplexi ſunt *Domini Vitebergenſes* in allegatis §. 9. rationibus *n. 3.* ubi eo reſpexiſſe videntur an fundi à reo poſſeſſi in perpetuum praedio mariti defuncti fuerint adjecti, hocque deficiente reum abſolverunt.

§. XII. An vero non prius excutiendi ſint poſſeſſores fundi principalis antequam uxor ad pertinentiarum poſſeſſores pervenire queat, dubia res eſt. In genere ceſſare beneficium excuſſionis & ordinis in hypothecis expreſſis recte aſſeruerunt

Lipſien-

Lipsienses allegatis in rationibus, quia hypotheca est causa individua, quæ omnes res æqualiter, non pro rata saltem afficit, & interest semper creditorum, ne in plures debitores distingvantur. E contra vero *VVittebergenses* eo progrediuntur, ut non solum possessores fundi principalis, sed & heredes venditoris, ad quos tamen personaliter tantum obligatos, in obligatione reali hypothecæ prorsus non respicitur, prius excutiendos esse putaverint.

§. XIII. Multo magis in aprico est, non opus esse, ut uxor, cui expressa hypotheca constituta est, prius maritum excutiat, siquidem eum ipsum in finem de jure hoc reali sibi prospexisse videtur, ne cum conjuge, qui semper beneficio competentiæ gaudet *L. 17. §. 1. L. 20. ff. de Re jud.* sibi res sit, sed rem obligatam habeat, in qua plus cautionis est, quam in persona, adeoque quemvis possessorem ejus, tanquam legitimum defensorem rei convenire queat, quemadmodum alias, ubi ex causa mutui oppignorata res aliqua immobilis, statim ejus possessor nobis respondere tenetur licet contra debitorem principalem nondum actum sit. Beneficium enim excussionis regulariter accessorie tantum obligatis datur. *Nov. 4. Cap. 1.* At res oppignorata non accessorie obligatur, sed principaliter

& cu-

& cumulative, ergo possessor ejus neque accessorie obligatur.

§. XIV. Ubi vero tertius possessor ab uxore vel ejus heredibus convenitur, compensat omnia, quæ eadem ipsi debet, id quod ex natura omnium actionum & compensationis fluit, quippe quæ ipso jure contingit, etiam contra privilegiatos creditores a *L. 5. ff. L. 3. C. de compens.* Hic vero, ut illud moneam, monet sententia Dn. *VVittebergensium*, in quorum *rationibus num. 8.* hæc admissa etiam, propter sumtus in funus mortuæ fœminæ, cui expressa hypotheca constituta fuerat, erogatos, & recte quidem, nam impensæ funeris semper ex hereditate deduci debent *L. 45. ff. de religios.* & maritus in specie non aliter quam quatenus dotem retinet, aut aliunde sumtus illi depromi non possunt, ad curam funeris ex suo patrimonio suscipiendam obstringitur *L. 22. L. 27. L. 28. ff. eod.* Dum ergo tertius possessor mariti loco ex re pignori obligata dotem restituere debet, exinde etiam loco mariti sumtus deducit. Præsupponitur tamen eosdem non nimios esse, hi enim non restituuntur etiamsi ex voluntate defunctæ facti sint *L. 14. §. 5. ff. de Relig.* MEVIUS *P. II. dec. 223. n. 2.* quemadmodum nec nimis exigui qui in contumeliam mortuo-

rum

rum cedere videatur *L. 14. §. 10. de Relig.* quam ob causam certa summa in allegata sententia ex æquo & bono determinata.

§. XV. Manet ejusmodi expressa hypotheca uxori constituta in salvo, etiam si postea maritus peculiari chirographo fateatur se ex bonis ejus certam quantitatem horum bonorum mutuo accepisse. Animus enim novandi nunquam præsumitur, sed expresse declarandus *L. 5. C. de Novat.* ergo hoc multo magis observabitur ubi novatio in uxorum, quibus alias ratione illatorum eximia privilegia data sunt, odium allegari debet, & publice interest dotes mulieribus conservari *L. 1. ff. sol. matr.* Neque contrarium est mutuum juri hypothecæ, ut forte asseri deberet non posse mutuum postea contractum cum antea constituta hypotheca simul subsistere, imo quia mutui datio ab eo appellata est, quod de meo tuum fiat *L. 2. §. 2. ff. de Reb. Cred.* ex dote vero uxoris bona mariti fiunt, hinc mutuum etiam ex dote fieri posse concedere debemus. Videntur vero mariti saltem ejusmodi chirographa ex nimio affectu erga mulieres dedisse, eum præsertim in finem, ut probare possint facilius quantitatem illatorum. Imo interdum ex eadem causa consilii erit, ut uxor, cui ut §.

10. mo,

10. monuimus hypotheca expressa sine quantitatis determinatione constitui potest, probationis causa ejusmodi chirographum à marito accipiat, inprimis si post intervallum aliquod temporis illud confiteatur. CARPZOV. *L. IV. R. 23. n. 15.* Confirmavit nostram sententiam de hypotheca tacita mulieri intuitu paraphernalium competente speciali præjudicio DN. WERNHERVS *Obs. P. IV. Observ. 18.* Quod igitur juris est intuitu hypothecæ tacitæ & respectu paraphernorum, illud multo magis juris esse debet, ubi expressam hypothecam accipiendo jamjam satis declaravit, uxor se nudo personali jure non esse contentam, & intuitu dotis, cujus causa semper favorabilior est quam paraphernorum.

§. XVI. In genere expressa renunciatione opus est ad amittendum jus hypothecæ ratione illatorum competens, & consensus curatoris, quia res est in maximum præjudicium cedens, requiritur BERGER. *d. diss. de discrim. bonor. uxor. §. 27. & Oecon. Jur. p. 123.* imo si in favorem tertii fit, jurato fieri debet. Potissimum autem expressa hac renunciatione opus erit, quando expressa hypotheca constituta fuit uxori. Ideo enim expressæ hypothecæ constituuntur, ut interveniente consensu magistratus eo securior sit creditor, nec aliter removeri

ri

ri possunt, quam per cassationem, præcedente consensu creditoris. Sequitur hoc præterea ex regula generali, ut nihil tam naturale sit, quam ut quid iisdem modis solvatur, quibus contractum est, *L.35. L.100. ff. de R. J.* & quod renunciatio facti sit, nec præsumatur aut intelligatur, alia quam, quæ ex manifestis verbis appareat. *L.35. §. & generaliter C. de inoff. test. L.8. ff. de usur. c.5. X. de renunc. Menoch. de Præsumt. L. III. Præs. 45. n. 11.*

§. XVII. Quæstio tamen oritur: An prorsus non tacita remissio hypothecæ evenire queat, &, annon inprimis illo casu hæc contingat, si uxor patiatur maritum fundum sibi sub expressa hypotheca obligatum alienare, &, quædam quæ in venditionis contractu à marito, in ejus favorem pacta sunt, inprimis reservationem, einen Auszug, aut certam quantitatem annuam sibi assignatam, ex eo contractu, accipiat? In processu, antea recensito, in diversas partes Collegia iverunt: *Lipsienses* negarunt tacitam remissionem isto casu contigisse; *VVitebergenses* contra, ipso facto, accipiendo ejusmodi reservata agnovisse uxorem contractum mariti, & à prætensionibus sibi alias competentibus discessisse statuerunt. Illorum sententiæ generalitas regulæ superiore paragrapho stabilitæ, & con-

 sensus

sensus plerorumque Doctorum assistit, & illud, quod ab emtore maritus uxori stipulatus est, tanquam donatio mortis causa, & ex abundanti, salvo jure hypothecæ mulieri alias competente consideratur. Witebergensium vero opinionem stabiliunt varia argumenta. Siquidem qui permittit pignus venire non reservato pignoris jure illud dimittit, *L. 158. ff. de R. J. L. 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hyp.* & in dubio liberalitates inter conjuges non admittuntur, multo minus præsumuntur; imo qui negotium aliquod in utilibus agnoscit, illud in aliis quoque agnoscere tenetur. Mallem tamen prioribus accedere, & quidem hanc ob rationem, quod consensus in alienationem rei oppignoratæ expressus requiratur ad effectum remissionis, CARPZOV. *Part. II. Const. 23. def. 28.* & creditor regulariter alienationem hypothecæ, quia illi per eandem non præjudicatur, impedire nequeat, nisi pactum expressum de non alienando præsupponatur, *Dn.* WERNER. *P. VI. Obs. 473.* nec exactioni dotis obstet aliquid acceptum esse, nisi probetur illud transactionis causa acceptum fuisse. *L. 12. C. de Jure dot.*

§. XVIII. Tribuit quidem CARPZOVIUS *P. II. Const. 24. def. 9.* mulieri potestatem alienationem bonorum mariti, ex jure tacitæ hypothecæ, impu-

impugnandi, si ex reliquis mariti bonis ipsi satisfieri nequeat, ne onere vindicationis gravetur. Quod si verum est, multo magis in casu constitutæ expressæ eidem hypothecæ illud admitti deberet, adeoque ubi impedire jure hoc speciali potuisset alienationem uxor, nec tamen contradixisset, eandem pœnam negligentiæ suæ ferre debere, & non admittendam esse, ut contra tertium in quem per alienationem translata res est, agat, videbitur, sed permanendum in priore sententia, neque CARPZOVII assertum adeo expeditum est ac usu fori probatum; neque si concederemus posse contradicere uxores sequeretur, easdem necessario sub pœna amissionis juris sui contradicere debere.

§. XIX. Interim præscriptione tolli posse jus hypothecæ expressæ uxori constitutæ omnes dubio procul concedent, cum præscriptionibus omnia jura perimantur. Ea vero præscriptio non à tempore constitutæ hypothecæ, sed à tempore dissoluti matrimonii, quemadmodum à *JCtis Lipsiensibus*, in sæpius citata sententia expressis verbis judicatum legimus currere incipit. Nam non valenti agere, nulla currit præscriptio. *L. 1. in f. C. de annal. exc.* Jam vero uxor non prius agere potest quam soluto matrimonio per mortem aut di-

 vor-

vortium *L. 240. ff. de V. S. L. 2. solut. matr.* Sunt quidem casus, quibus & constante matrimonio dotem repetere potest, v. g. quando maritus ad inopiam redactus, quo casu expresse conceditur ei actio hypothecaria, tam contra concreditores, quam contra tertios possessores in *L. 29. C. de jure dot.* ita tamen, ut in Saxonia nostra fructus dotis si superflui sunt, nec mulier omnibus ad sustentandum se suamque familiam opus habet, in massam concursus referri possint per ORD. REC. PROC. *ad Tit. XXXIX. §. 21.* Item ob deportationem *L. 1. C. de repud.* ob alimenta ex pietate præstanda, vel aliam necessariam causam. *L. 73. §. 1. ff. de jure dot.* At his omnibus casibus, si jure suo non utitur, non præscribitur hypothecæ jus, sed terminus à quo præscriptionis etiam ex tempore finiti conjugii currit, cum non necessario debeat, sed saltem possit istis casibus dotem prius repetere.

§. XX. Quodsi solutum quidem matrimonium per divortium, at reconciliatio subsequitur & redintegratur matrimonium, dos etiam prioris matrimonii redintegratur, etiamsi alium interea virum habuerit, *L. 64. ff. de Jure dot.* modo uxor nondum repetierit dotem prioris matrimonii. *L. 13. L. 40. ff. eod. loc.* Imo licet jam actionem ad

dotem

dotem repetendam instituerit, & lis fuerit contestata, nec tamen ad finem producta, expirat eo ipso ista actio, dum postea reconciliatur, *L. 19. ff. Sol. matr.* Siquidem cum eadem mulier ad eundem virum revertitur, matrimonium idem est. *L. 33. de R. N.* Ubi quæstio incidit, an hoc casu etiam jus hypothecæ ratione illatorum constitutæ expressæ reviviscat? Quod affirmandum esse censeo, partim quia ante restitutam dotem nondum fuit sublata expressa hypotheca, ergo deinde eo facilius, pristino valori restitui potest. Partim quia in *L. 19. ff. Sol. matr.* dicitur: *Omnia in pristino statu manere*, & in *L. pen. §. 5. eod.* prioris dotis causa, in sequentem dotis obligationem translata esse dicitur. Partim quia contractus creduntur in dubio cum iisdem pactis & qualitatibus renovati. Consentiunt affirmanti sententiæ ac privilegia dotis hoc casu in simul redintegrari statuunt. GRAEVEN. *Concl. Pract. ad* GAIL. *L. II. Obs. 82. conf. 1. num. 1.* WOLFFHARD. *in diss. Inaug. de dote in secundo matrim. redintegr. th. 22.*

§. XXI. Casus etiam existere potest, quo sponsa tempore initorum pactorum dotalium bona sua sponso prænumerando quasi solvit, isque jam ante consummationem nuptiarum per copulam sacerdotalem hypothecam expressam ratione illatorum

rum spe futuri matrimonii constitui curavit, postea vero Sponsalia vel ex necessaria vel voluntaria causa dissolvuntur. Illo certe prærogativæ expressæ hypothecæ præ tacita se exerunt luculentissime. Quia enim dos sine nuptiis esse non potest, *L. 1. §. pen. & fin. ff. pro dote.* & unicus casus est ubi virgo dotem & de dote habeat actionem in *L. 7. ff. de R. N.* indicatus & in Saxonia nostra inprimis privilegia dotis demum ex tempore copulæ sacerdotalis, reliquorum vero bonorum ex tempore illationis constante matrimonio factæ oriuntur; ideo sponsa non gaudet jure tacitæ hypothecæ, multo minus prælationis, sed saltim personali privilegio, quod ex speciali ratione, quia intersit reipublicæ & hanc solidum consequi, ut ætate permittente nubere possit, descendit, fruitur per *L. 74. ff. de jure dot. L. 17. §. 1. L. 18. ff. de Reb. aut jud. possid.* Quod nec aliter esse potest, cum nec sponso in bonis sponsæ aliquod jus competat, sed illa omnia sua mobilia etiam in Saxonia per actus inter vivos alienare queat. CARPZOV. *Lib. VI. Resp. 61. n. 5. seq.* Ubi vero in antecessum expressa hypotheca ipsi constituta est, duplex commodum exinde sentit, nempe ut & pingvius ac antiquius jus acquirat, quam si ad consummationem usque ipsi expectandum esset, & intermedio tempore etiam jam secura sit, nec periculum bonorum suorum metuendum habeat.

§. XXII. Postquam hactenus de jure hypothecæ expressæ intuitu bonorum uxoris propriorum dictum est, addendum etiam aliquid de donatione propter nuptias, quæ eidem à marito in securitatem

ritatem

ritatem & remunerationem dotis constituitur. Hanc equidem uno casu nempe marito ad inopiam vergente, vindicare possunt *L. 29. C. de Jure dot. Nov. 98. c. 6. §. 1.* WERNER. *P. IV. Obs. 191.* quando nempe in re speciali fuit constituta eademque extat. Asseritur etiam donationi propter nuptias si dos consumta, & in ejus compensationem petitur ab uxore, adeoque hæc de damno vitando saltem certat, & donatio ista surrogatum sit dotis, jus prælationis à *L. 12. §. 1. C. qui post in pign.* HOFFMANN. *diss. de Don. propter nupt. §. V. lit. c.* Si vero præter dotem eandem petit adeoque lucrum captare vult, secundum jus commune hypothecam saltem tacitam habet, quam ob causam & talis donatio pignus dotis appellatur, LAVTERBACH. *de don. propt. nupt. thes. 54. seq.* quam utrum generalem an vero specialem dicere debeamus, parum interest BERGER. *Oecon. jur. pag. 136.* At in Saxonia Electorali, nisi de expressa hypotheca sibi prospexerit mulier in ultimam classem, inter creditores chirographarios refertur. Quando vero expressa hypotheca ipsi constituta est, vi istius hypothecæ expressæ ordine temporis instar tertii creditoris hypothecarii locus eidem assignatur *Decis. El. 81.* CARPZOV. *in Decis. Part. III. dec. 281.* & RIVINVS *ad Tit. XLIII. En. 12. 13.* qui posterior notabiles rationes communicavit: Also hat dieses seinen Abfall / wenn dergleichen Prætensiones nicht schlechterdings nach Verordnung derer Rechte / und bloß als ein debitum legale, sondern aus einem gewissen Pacto und Verschreibung gefodert werden / immassen solches alsdenn / gleich einer andern richtigen

Schuld/auch da darüber eine hypothec bestellt/auch derselben unter denen/ so ein dinglich Recht haben/ abgeführet werden muß. Ex eadem ratione, in allegata sententia *Lipsiensi* ratione donationis propter nuptias reus condemnatus fuit, utut in pactis dotalibus nequidem donationis propter nuptias sed tantum des Einbringens und Auszugs/ mentio facta fuerat.

§. XXIII. Ratione dotalitii, quod donationem propter nuptias imitatur, & inter nobiles ac illustres in remunerationem illatæ, & in utilitatem feudi versæ dotis ex feudo præstari solet, viduæ nobili ex autoritate CARPZOVII *Part. I. Const. 28. def. 93.* & *Part. II. Const. 44. def. 4.* jus tacitæ hypothecæ assignant Doctores, quod quidem, præter illud unicum quod succedat in locum dotis, nullo idoneo nititur argumento. Nam *Const. El. 25. P. II* §. allein wo es sich begäbe/ de eo solo casu disponit, quando ob debita feudalia feudum venditum, & ex pretio aliquid superest, imo de sola dote accipienda, quod ostendunt verba: Sie auch zuvor beleibdinget. Neque à dote ad dotalitium argumentari licet, sed firma regula est: in exactione dotalitium cum dote nihil commune habere. MEVIUS *P. I. dec. 171.* Maxime vero in Saxonia Electorali, clara extat dispositio ORD. PROC. REC. *ad Tit. XLV.* §. *6.* quæ nullas in feudo admittit tacitas hypothecas, ergo nec ratione dotalitii. Per expressam ergo hypothecam omnis dubitatio tolli poterit, & tutissimum est dotalitii causa expressam constitui, interveniente consensu domini, à quo demum jus uxoris incipere statuit

BERGER.

BERGER. *Oecon. Jur. L. I. Tit. 3. th. 12. not. 3.* & simultanee investitorum. Si vero Dominus vasallo prædium cum expressa constituendi dotalitii concessione donat, aut alio titulo in eundem transfert, potest vasallus vi hujus concessionis uxori expressam hypothecam in pactis dotalibus ratione dotalitii constituere, nec opus est, ut speciatim deinde omnium consensus accedat. RIVINUS *En. ad Tit. 41. En. 21.*

§. XXIV. Intuitu Morgengabæ, cibariorum, geradæ & donorum nuptialium, deficiente expressa hypotheca nihil plane juris habet uxor orto concursu ac contra tertios, & ne quidem in ultimam classem inter chirographarios admittitur. Nam dona nuptialia ad dimidium, & res geradicæ tantum quatenus extant vindicari possunt, exceptis inter geradam ovibus mariti, quas prorsus in concursu petere nequit. Morgengabam & Cibaria vero plane hoc casu denegat mulieribus ORD. PROC. SAX. *Tit. XLIII. §. 4.* CARPZOV. *P. III. dec. 181.* Ratio redditur in allegato textu hæc, quia de lucro captando contra creditores, qui damnum saltem avertere quærunt laborent. Jungi possunt huic rationi & aliæ. Nempe Morgengabam, quatenus in fœmellis pecudibus consistit, & cibaria, deberi ex prædiis, in quibus sæpe ipsi mariti nullum dominium habent, velut ex iis, quæ locata tenent, ex quibus etiam debentur. HORN. *Class. VIII. Resp. 30.* BERG. *Oecon. C. 2. Tit. 4. p. 469.* Item ratione comestibilium demum in momento mortis mariti jus acquiri, quod HORNIUS *l. c.* defendit, eo vero tempore plerumque imminet concursus, nec hæc nova obligatio prioribus

D 2 præ-

præferri poteſt. Inprimis vero iniquum foret, hoc jus ſingulare in aliorum præjudicium detorquere, deficiente, qua hac in parte mulieribus proſpectum ſit legis diſpoſitione. Cautelæ ergo loco pro ſponſalitia largitate aut comeſtibilibus certam ſummam ſibi determinari & expreſſam hypothecam à marito conſtitui curet. *Dec. El. 72.* PHILIPPI *ad Deciſ. El. d. dec. obſ. 1.*

§. XXV. Ex hactenus deductis apparet, ſemper meliorem fieri conditionem uxoris, quæ ſibi ſive ob dotem paraphernalia aut receptitia, ſive ob donationem propter nuptias dotalitium, morgengabam, cibaria, geradam aut alia jura muliebria expreſſam hypothecam à marito impetrat. Sed quæri tamen poteſt, annon interdum ſibi hoc facto etiam præjudicet, & annon expreſſam hypothecam ſub hac clauſula: Daß ihr die Auffkündigung frey ſtehen ſolle, accipiendo, jus ſuum in nudum mutuum transformet, adeoque iis maxime in locis ubi jure prælationis gaudent mulieres, illud amittat? Motam hanc quæſtionem aliquando fuiſſe, teſtatur præjudicium apud MEVIUM *En. ad Tit. XLIII. Ex. 19.* quod tamen in negativam datum eſt, non debet enim utile per inutile vitiari.

§. XXVI. Plura addi poſſent, ſed reliqua omnia ex his fluunt, quæ h. l. ſunt in medium adducta, nec patitur inſtituti ratio ut ulterius digrediar. Potius rectius ſentientium judicio me ſubmitto, quemvis vero Lectorem æquum & benevolum hujus laboris cenſorem mihi expeto.

SOLI DEO GLORIA.